

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não deixo de ficar inquieto quanto aos comandos emergentes dos Verbetes Sumulares nºs 512, do Pretório Excelso, e 105, do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais *não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*.

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra a exclusão da verba em exame.

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de **Chiovenda** (in Instituições de Direito Processual, vol. III, p. 285, na remissão feita por **Luiz Carlos de Potilho** (in Revista Forense 246/221), ao cuidar do princípio da sucumbência, para quem

o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante.

Essa, por certo, a motivação que teve o legislador da Lei Civil Adjetiva vigente, na dicção do seu art. 20, ao impor ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os *honorários advocatícios*.

Em comento a tal dispositivo, o mestre **Pontes de Miranda** (in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, p. 416) leciona que

hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente.

O saudoso **Hely Lopes Meirelles** (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, p. 65), afirma, enfaticamente, que

na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula nº 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul.

No mesmo diapasão, a voz de **Barbosa Moreira** (in Direito Processual Civil, p. 246), que, ainda na vigência do Código de 1939, já entendia que

não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 do mandado de segurança, recapitulemos: se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, **a fortiori**, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados – então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários.

Yussef Said Cahali (in Honorários Advocatícios, pp. 735/734), persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que

no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado

de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não se esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executóriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou pela ação fundada em direito público, quando se cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o **habeas corpus**, para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece, é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida.

O Prof. **Maurilio Wagner de Paula Reis**, em trabalho intitulado Os Honorários na Ação de Mandado de Segurança (in Mandados de Segurança e de Injunção, coordenado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 332), adiciona que

não se pode olvidar o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 – as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar dano.

Na mesma trilha está **Celso Ribeiro Bastos** (in Do Mandado de Segurança, 2ª ed., Saraiva, 1982, pp. 20/21) quando leciona que

a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo Civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência freqüente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta, a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?

Outros tantos doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, perfilam nessa mesma corrente.

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula nº 512.

Aliás, como lembra **Yussef Said Cahali**, em sua obra indicada (p. 734),

a simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados para manifestação a respeito dos honorários advocatícios em mandado de segurança já revela a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério jurisprudencial que tem prevalecido.

Devo assinalar que os eminentes Ministros Djaci Falcão e Oscar Correia, igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança,

apenas se conformavam, por razões de disciplina, ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência das prefaladas súmulas já deixa o magistrado naturalmente inibido para não se lançar contra elas e formular novas reflexões sobre o tema.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo Prof. **Napoleão Nunes Maia Filho**, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

Todavia, como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

O saudoso Professor **Nelson Sampaio**, lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem contudo, abrir a porta ao arbítrio judicial.

O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores, mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Através de tais operações, não tomará o juiz liberdades permissivas com a lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade *recriadora*, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação doutrinária que afasta – e a meu sentir, erroneamente – a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

Não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Ademais, condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência, é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do **mandamus** pelo particular, e, por outro, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envoltas de direito líquido e certo.

Por tais considerações é que ainda guardo entusiásticas esperanças de ver um dia a jurisprudência reformulada para ter por cabível a condenação da verba honorária em sede de mandado de segurança.